

Exposé zur Dissertation

mit dem vorläufigen Titel

Freie Berufe und Unionsrecht

Dissertationsfach

Öffentliches Recht

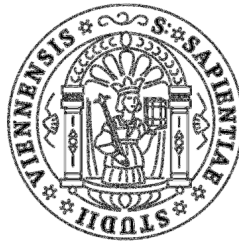
Verfasserin

Mag.^a Lilo Martini

Angestrebter akademischer Grad
Doktorin der Rechtswissenschaften

Betreuerin

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Magdalena Pöschl



Matrikelnummer: 1206667

Studienkennzahl: A 783 101

Studienrichtung: Rechtswissenschaften

I. Einleitung

A. Problemaufriss

Ein zentrales Anliegen der EU ist es, die Märkte für Dienstleistungen innerhalb der Mitgliedsstaaten stärker zu verflechten und zwischenstaatliche Wettbewerbshindernisse zu beseitigen.¹ Ein besonderes Potenzial, Wachstum und Beschäftigung im europäischen Wirtschaftsraum zu erhöhen, sieht die EU dabei in freiberuflichen Dienstleistungen.² Jedoch unterliegen freie Berufe in allen Mitgliedsstaaten besonders restriktiven Regelungen, die sich aus Unionsperspektive negativ auf Verbraucher und Berufsangehörige auswirken können.³ Deshalb sind diese Berufe in den letzten Jahren verstärkt in den Fokus der Unionspolitik geraten:⁴ Seit Beginn der 2000er Jahre setzt die Union darauf, die Rechtsvorschriften über den Antritt und die Ausübung der freien Berufe zu liberalisieren.⁵ Flankierend hat die Kommission in diesem Rechtsbereich einige Vertragsverletzungsverfahren geführt, nicht zuletzt gegen Österreich.⁶

Bei ihren Liberalisierungsbestrebungen ist die EU damit konfrontiert, dass die Mitgliedsstaaten freiberufliche Tätigkeiten nicht nur restriktiv, sondern teils auch sehr unterschiedlich regeln, weil sich die freien Berufe national in je eigenen historischen und gesellschaftlichen Kontexten entwickelt haben.⁷ Aus Sicht der Union sollen ihre Rechtsakte möglichst einheitlich in den Mitgliedsstaaten umgesetzt werden. Deshalb ist sie daran interessiert, eine weitgehende Konvergenz der nationalen Vorschriften zu erreichen.⁸ Die unionsrechtlichen Vorgaben können

¹ Vgl dazu die „Lissabon Strategie“ des Europäischen Rates, die das ehrgeizige Ziel beinhaltet hat, „die Europäische Union zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt“ werden zu lassen, *Europäischer Rat*, Lissabon, 23. Und 24. 3. 2000, Schlussfolgerungen des Vorsitizes. Abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_de.htm (2.10.2020).

² S die Rede des damaligen Wettbewerbskommissar *Monti* zu „Competition in Professional Services: New Light and New Challenges“ vor der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer vom 21.3.2003, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_070_en.pdf (2.10.2020) u Mitteilung der Kommission. Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, KOM (2004) 83 endg, 7.

³ Kritik an den freiberuflichen Regelungen kommt zuvorderst von der Kommission, vgl *Europäische Kommission*, XXXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2003, Rz 189, 194; Mitteilung der Kommission (FN 2) 10. Dagegen hebt etwa das Europäische Parlament die Bedeutung gewisser freiberuflicher Regelungen hervor, s zB Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Rechtsberufen und dem allgemeinen Interesse an der Funktionsweise der Rechtssysteme, ABl 2006 C 292 E/105.

⁴ S Mitteilung der Kommission. Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen, KOM (2005) 405 endg; 11; Mitteilung der Kommission. Bewertung der nationalen Reglementierungen des Berufszugangs, KOM (2013) 676 endg, 2; Mitteilung der Kommission. Den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen, KOM (2015) 550 endg, 9 f.

⁵ Zentral waren dabei die BerufsqualifikationsRL, RL 2005/36/EG u die DienstleistungsRL, RL 2006/123/EG, *Moreira/Toshkov*, The (De-)Regulation of the Liberal Professions in the European Union, in Rego (Hrsg) *The Trend towards the European Deregulation of Professions and Its Impact on Portugal under Crisis* (2013) 18 (42 f). Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung der Liberalisierungsbestrebungen bei *Terry*, *The European Commission Project Regarding Competition in Professional Services*, *NwJIntL&Bus* 2009, 1.

⁶ ZB EuGH 19.5.2009, C-531/06 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:2009:315; 24.5.2011, C-53/08 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2011:338; 4.7.2019, C-377/17 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2019:562; 29.7.2019, C-209/18 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2019:632.

⁷ *Kämmerer*, Die Zukunft der freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung, in Ständige Deputation des DJT (Hrsg), *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages* (2010) H 16; *Stumpf*, Freie Berufe und Handwerk, in Dausen (Hrsg), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (39. EL 2016) Rz 1. Vgl auch *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (2015) 238 f u *Haltern*, *Europarecht Bd I* (2017) Rz 9 ff.

⁸ *Neidhardt*, *Nationale Rechtsinstitute als Bausteine des europäischen Verwaltungsrechts* (2008) 198.

dann den Effekt haben, dass über Jahrhunderte geformte nationale Rechtstraditionen aufgegeben werden müssen.⁹ Das kann aber auch positive Auswirkungen haben, wenn dabei überschüssige, unsachliche oder sonst inkonsistente Regelungen abgeschafft werden.¹⁰ Das österreichische Recht der freien Berufe ist besonders von Tradition und Berufsethos geprägt.¹¹ Deshalb ist es nicht verwunderlich, dass sich die nationalen Berufsstände regelmäßig gegen die unionale Liberalisierung aussprechen.¹² Ob sie dabei schützenswerte öffentliche Interessen oder lediglich eigene Partikularinteressen vorbringen, ist nicht immer ganz eindeutig.¹³ Je nach Blickwinkel kann die Europäisierung des Rechts der freien Berufe also unterschiedliche Auswirkungen haben.

B. Untersuchungsgegenstand

Die vorliegende Arbeit will die Einflüsse des Unionsrechts auf die freien Berufe untersuchen, soweit sie verkammert sind. Dazu gehören in Österreich Apothekerinnen, Ärztinnen, Notare, Patentanwälte, Rechtsanwältinnen, Tierärzte, Wirtschaftstreuhänderinnen, Ziviltechniker und Zahnärzte. Die Einschränkung folgt aus der Problemstellung: Nur diese freien Berufe¹⁴ sind im Fokus der Liberalisierungsbestrebungen der EU.¹⁵ Für eine Betrachtung dieser freien Berufe als Gruppe spricht außerdem, dass sie neben der Verkammerung einige Gemeinsamkeiten aufweisen, die sie von den Gewerbetreibenden unterscheiden.¹⁶ Daher sind in der Arbeit mit den Begriffen „freie Berufe“ und „Freiberuflichkeit“ nur die verkammerten freien Berufe gemeint.

⁹ Vgl. *Fischer*, Die Kollision von nationalem Berufsrecht mit der Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft (1993) 25 f.

¹⁰ Die Ängste und Hoffnungen, die mit dem Voranschreiten der europäischen Integration verbunden sind, beschreibt treffend *Haltern*, Soziokulturelle Präferenzen als Grenze des Marktes (2016) 3 ff.

¹¹ Besonders sichtbar wird dies daran, dass der Ursprung der freien Berufe in den antiken „artes liberales“ verortet wird. S. dazu zB *Melicharek*, Selbstverständnis der freien Berufe. Teil I, *Nova&Varia* 2008, 117 (120); *Woschnak*, Binnenmarkt und Notariat (2016) 122.

¹² S. zB *Bundeskonferenz der freien Berufe*, Jahresbericht 2018, 3, abrufbar unter: <https://www.freie-berufe.at/wp-content/uploads/2019/03/BUKO-JB2018-HP.pdf> (2.10.2020). Derzeit leisten ua die Ziviltechniker Widerstand gegen die Anpassung ihres Berufsrechts aufgrund eines EuGH Urteils, s. dafür den Newsletter der Bundeskammer der ZiviltechnikerInnen vom 3.9.2020, abrufbar unter <https://newsletter.arching.at/index.php?id=22> (2.10.2020).

¹³ *Buchinger*, Freie Berufe im Wandel, in *FS Woschnak* (2010), 97 (97 f). Vgl. auch *Krejci*, Für und wider Interdisziplinäre Gesellschaften für freie Berufe de lege ferenda, *AnWBl* 2015, 667 (667 f).

¹⁴ Zu den freien Berufen zählt nach dem nationalen Recht eine bunte Vielfalt unterschiedlichster Berufe, s. dazu die Beispiele bei *Straube/Rauter*, in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg.), *UGB – Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch* (Stand 1.9.2019, rdb.at) § 4 UGB, Rz 43 ff. Viele dieser Berufe – wie etwa Künstlerinnen – sind nur in Ansätzen reglementiert, weshalb sie aus Unionsperspektive nicht problematisch sind.

¹⁵ Vgl. die angeführten Berufe in *Paterson/Fink/Ogus et alia*, *Economic Impact Of Regulation In The Field Of Liberal Professions In Different Member States* (2007) 9. Dabei handelt es sich um eine Studie, die die Kommission 2002 in Auftrag gegeben hat, um die verschiedenen Regulierungssysteme der freien Berufe zu erfassen und auf die sich ihre Liberalisierungsbestrebungen weitgehend stützen.

¹⁶ Einen nicht ganz aktuellen, aber trotzdem weiterhin passenden Überblick über die Gemeinsamkeiten zeigt *Dujmovits*, *Recht der freien Berufe*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht I* (2007), 397. Dazu ausführlicher unten.

II. Zielsetzung, Methoden und Forschungsstand

A. Zielsetzung

Die Arbeit soll einen Beitrag dazu leisten, die Effekte der europäischen Integration auf die österreichische Rechtsordnung zu erfassen und analysieren¹⁷ und zwar mit Blick auf einen Teilbereich der nationalen Rechtsordnung – das Recht der freien Berufe. Die einzelnen freien Berufe sind zwar nicht im gleichen Ausmaß von den derzeitigen unionalen Liberalisierungsbestrebungen erfasst. Dennoch oder gerade deshalb lohnt es sich aber, sie als Gruppe zu betrachten: Wegen ihrer Gemeinsamkeiten könnten die Erkenntnisse zu einem freien Beruf auf andere übertragbar sein. So können Angebote für eine zukünftige Rechtssetzung erarbeitet werden. Konkret soll die Dissertation Möglichkeiten der Rechtssetzung zeigen, indem sie untersucht, welche Regelungstechniken die Gesetzgebung bei der Umsetzung des Unionsrechts verwendet und inwieweit diese auch bei weiteren freien Berufen eingesetzt werden können. Diese Zielsetzung ist relevant, weil die unionsrechtliche Liberalisierung des Rechts der freien Berufe noch nicht am Ende zu sein scheint.¹⁸

Die Effekte der Liberalisierung sollen anschaulich gemacht werden, indem sowohl Chancen als auch Probleme herausgearbeitet werden, die mit ihr verbunden sind. Eine Chance könnte die Liberalisierung für die nationale Rechtsordnung sein, wenn dadurch Regelungen abgeschafft werden, die primär im Partikularinteresse der Berufsstände liegen, ohne aber einem bestimmten gesamtgesellschaftlichen Ziel zu dienen. Probleme entstünden, wenn eine Verfolgung öffentlicher Interessen tatsächlich gefährdet wäre – so wie das von den Berufsangehörigen mitunter vorgebracht wird. Für ein Überdenken der traditionellen Regelungen spricht allgemein, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten mittlerweile in einem Wettbewerb zueinander stehen.¹⁹

Um die unionsrechtlichen Konsequenzen auf die freien Berufe als Gruppe zu erfassen, muss die Arbeit als Vorfrage deren Gemeinsamkeiten bzw berufsspezifische Abweichungen klären. Damit soll sie auch einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung leisten.²⁰

¹⁷ Zu dieser Zielsetzung vgl. *Neidhardt* (FN 8) 240; *Wiederin*, Allgemeines Verwaltungsrecht: Auf der Suche nach dem Sinn, in FS Raschauer (2008) 281 (288) u. *Merli*, Die Zukunft der Verwaltung (2010) 18.

¹⁸ Vgl. *Michel*, Was die EU unter „better regulation“ versteht – und wie die freien Berufe davon profitieren können, dAnwBl 2017, 128; *Seyfahrt*, Die Auswirkung neuester europäischer Einflüsse auf die Berufszugangsregulierung, EuZW 2019, 1005; *Stelkens/Seyfarth*, Unionsrechtlicher Schutz der Berufsfreiheit vor dem nationalen Gesetzgeber (2019) 45f.

¹⁹ S. dazu nur *Asemissen*, Berufsankennung und Dienstleistungen im freien Binnenmarkt (2014) 86 ff.

²⁰ S. zu dieser Zielsetzung *Wiederin* (FN 17) 293 f. Ferner *Möllers*, Methoden, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd I (2012) Rz 38 f.

B. Methoden

Um den nationalen Kontext zu erarbeiten, in dem die österreichischen Rechtsvorschriften für freie Berufe entstanden sind, wird neben Rechtstexten und Gesetzesmaterialien auch historische Literatur berücksichtigt. Der Inhalt der einschlägigen nationalen und unionalen Rechtsvorschriften wird mithilfe der anerkannten rechtswissenschaftlichen Methoden ermittelt. Inwieweit unionsrechtliche Anforderungen nationales Recht verdrängen können, hängt maßgeblich davon ab, wie weit der EuGH das Unionsrecht auslegt und dadurch die Spielräume der Mitgliedsstaaten beschränkt.²¹ Daher wird die Analyse der Rechtsprechung des EuGH eine zentrale Rolle spielen. Schließlich wird mittels Binnenrechtsvergleich²² gezeigt, welche Gemeinsamkeiten sich in den einzelnen Berufsordnungen finden. Der Binnenrechtsvergleich ermöglicht es auch, Abweichung bei einzelnen freien Berufen innerhalb der Gemeinsamkeiten und die dafür ausschlaggebenden berufsspezifischen Motive zu zeigen.²³

C. Forschungsstand

Unionsrechtliche Fragen zu freien Berufen werden in der österreichischen Literatur zunächst anhand von ausgewählten Spezialproblemen untersucht.²⁴ Eine darüber hinausgehende Analyse der Auswirkungen der Europäisierung findet idR lediglich anhand einzelner Berufe statt.²⁵ Die vergleichende Gruppenperspektive ist bei dieser Frage bisher jedoch nur selten eingenommen worden. Dabei ist festzustellen, dass die einzige dazu erschienene Monographie veraltet ist;²⁶ Probleme und Chancen der Liberalisierung mit Blick auf alle freien Berufe werden nur in vereinzelt Beiträgen angedeutet,²⁷ die aber – wohl schon wegen des Publikationstyps – eine vertiefte Auseinandersetzung vermissen lassen. So ist die Frage danach, ob Problemlösungen bei einzelnen freien Berufen auf andere übertragen werden können, bisher noch nicht gestellt worden.

²¹ Vgl. *Bußjäger*, Der EuGH als rechtsschöpfende und rechtsgestaltende Instanz unter dem Blickwinkel des österreichischen Verwaltungsrechts, in Roth/Hilpold (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedsstaaten* (2008) 271 (331 f).

²² Zum Binnenrechtsvergleich mit Blick auf das Allgemeine Verwaltungsrecht *Wiederin* (FN 17) (297 ff).

²³ Zu den Funktionen des Rechtsvergleichs allgemein *Michaels*, The functional method of comparative law, in Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook Of Comparative Law* (2019) 345 (347 ff) u. *Kischel* (FN 7) 57 ff.

²⁴ *ZB Stelzer*, Die Systematisierung von Notarstellen aus verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Perspektive (2001); *Eberhard*, Nichtterritoriale Selbstverwaltung (2014) 439 ff. Eingehend auseinandergesetzt hat sich die Lit mit Vereinbarkeit der Bedarfsprüfungen im Apothekenrecht: *Schneider*, Bedarfsprüfung für Apotheken EU-konform? wbl 2007, 149; *Bußjäger/Heißl*, Bedarfsprüfung für Apotheken und Gemeinschaftsrecht, ÖJZ 2010, 209; *Ivankovics*, Bedarfsprüfung für Apotheken: Ein (un-)geeignetes Mittel?, RdM 2015, 285; *Schmelz/Wolffbauer*, Die apothekenrechtliche Bedarfsprüfung im Lichte der EuGH-Judikatur, ecoloex 2016, 1020; *Zirm*, Bedarfsprüfung im Apothekenrecht endlich unionsrechtskonform? RdM 2017, 56.

²⁵ *ZB Hempel*, Die rechtsberatenden Berufe im Europarecht (1996); *Mayer*, Rechtsanwaltschaft auf dem Weg nach Europa (1998); *Wais*, Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die freien Rechtsberufe im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, in FS Hopf (2007), 237; *Kerbl*, Die Europarechtskonformität des österreichischen Apothekenwesens (Dissertation, angenommen am 8.10.2009); *Woschnak* (FN 11); *Zaglmayr*, Die Anerkennung von Gesundheitsberufen (2016); *Zirm*, Der selbständige Apotheker und seine Konzession (2018) 90 ff, 117 ff, 203 ff, 227 f, 271 f.

²⁶ *Nauta*, Das Recht der freien Berufe (1998) 139 ff.

²⁷ *Dujmovits* (FN 16); *Buchinger* (FN 13).

Im Gegensatz zu Österreich findet vor allem in der deutschen,²⁸ teilweise auch in der englischsprachigen Literatur²⁹ eine Diskussion darüber statt, welche Konsequenzen sich aus der Europäisierung für die freien Berufe als Gruppe ergeben. Deren Erkenntnisse können wegen der ähnlichen Problemlagen auch im österreichischen Kontext fruchtbar gemacht werden.

III. Gang der Untersuchung

A. Erster Teil: Freie Berufe im österreichischen Recht

Der erste Teil der Arbeit widmet sich den freien Berufen im Kontext des österreichischen Rechts. Gegenüber anderen Erwerbstätigen weisen sie als Gruppe einige Besonderheiten auf. Eine nähere Betrachtung zeigt, dass die Gemeinsamkeiten bei den einzelnen freien Berufen in abgestufter Form vorhanden sind. Der erste Teil der Arbeit soll diese Abstufungen erfassen; dafür gilt es Eigenheiten, gesetzgeberische Zielsetzungen und dafür eingesetzte Instrumente zu eruieren. Viele Facetten des freiberuflichen Regelwerkes gehen auf historisch gewachsene Strukturen zurück.³⁰ Daher wird die Suche nach den Gemeinsamkeiten in eine rechtshistorische Analyse eingebettet; sie soll berufsspezifische Abweichungen sichtbar machen, aber auch feststellen, ob die Bedingungen, die die Regelungen ursprünglich veranlasst haben, heute noch bestehen.

1. Eigenheiten

Das Recht der freien Berufe reguliert den Antritt und die Ausübung von Erwerbstätigkeiten, die besonders im öffentlichen Interesse liegen:³¹ So erbringen die Berufsangehörigen etwa Leistungen im Gesundheitsbereich³² oder erfüllen ihnen vom Staat übertragene Aufgaben.³³ Dieser Stellenwert freiberuflicher Tätigkeit führt dazu, dass eine unsachgemäße Ausführung erhebliche Gefahren verursachen können.³⁴ Freiberufliche Leistungen sind zudem regelmäßig

²⁸ *Schneider*, Die Anerkennung von Diplomen in der Europäischen Gemeinschaft (1995); *Merz (Hrsg)*, Freie Berufe im Wandel der Märkte (2002); *Kluth/Goltz/Kujath*, Die Zukunft der freien Berufe in der Europäischen Union (2005); *Kluth*, Die Zukunft der freien Berufe in der globalisierten Dienstleistungsgesellschaft, JB Kammerrecht 2006, 266; *Korte*, Die Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf freie Berufe, JB Kammerrecht 2007, 303; *Hardege*, Freie Berufe in Deutschland (2008); *Kämmerer* (FN 7); *Kleine-Cosack*, Sonderstatus der Freiberufler auf dem Prüfstand, dAnwBl 2010, 537; *Mann*, Was bleibt heute vom freien Beruf? dAnwBl 2010, 551; *Schröder*, Mehr Wettbewerb in den freien Berufen, EuZW 2016, 5; *Michel* (FN 18).

²⁹ *ZB Heremans*, Professional Services in the EU Internal Market (2012); *Wendt*, EU Competition Law and Liberal Professions: an Uneasy Relationship? (2013); *Moreira/Toshkov* (FN 5).

³⁰ *Buchinger* (FN 13) 97 f.

³¹ *Dujmovits* (FN 16) 404. *Loebenstein*, Freie Berufe im Rechtsstaat, JBl 1984, 457 (459); *Melicharek*, Zum Selbstverständnis der freien Berufe. Teil II, Nova&Varia 2009, 10 (12); *Buchinger Buchinger* (FN 13) 98; *Benn-Ibler*, Freie Berufe in Österreich und ihre gesellschaftliche Verantwortung, AnwBl 2011, 63 (66); *Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss*, Die Lage der freien Berufe in Europa (2014) 11; *Woschnak* (FN 11) 125 ff.

³² S dafür nur die Definition des Arztberufs in § 2 Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG), BGBl I 1998/169 idF BGBl I 2020/86.

³³ S § 1 Notariatsordnung (NO), RGBI 1871/75 idF BGBl I 2020/24u § 3 Abs 3 Ziviltechnikergesetz 2019 (ZTG), BGBl I 2019/29 idF BGBl I 2020/32.

³⁴ Diese Erkenntnis war etwa ein Grund für die erste zentralstaatliche Regelung der ärztlichen Berufsausübung wie ein Blick auf § 1 der Instruktion für Ärzte des Generalsanitätsnormativs von 1770, Theresianisches Gesetzbuch Bd VI, 6 anschaulich zeigt: „Jedermann ist es bekannt, was Unheil oft durch unerfahrene Ärzte den Nächsten zugefügt wird.“

komplex; ihre Qualität kann deshalb nur mit Fachwissen beurteilt werden, über das die Leistungsempfängerin im Normalfall nicht verfügt. Deshalb besteht idR eine erhebliche Informationsasymmetrie zwischen der Freiberuflerin und ihrem Vertragspartner.³⁵ Schließlich beziehen sich freiberufliche Leistungen zum Teil auf sensible Lebensbereiche der Leistungsempfänger, die von sich auch höchstpersönliche Informationen preisgeben müssen.³⁶

2. Zielsetzungen

Diese Eigenheiten erklären auch die Zielsetzungen, die der Staat im Recht der freien Berufe verfolgt: Eine hohe Leistungsqualität soll gewährleistet werden, weil von freiberuflicher Tätigkeit erhebliche Gefahren ausgehen können und der Vertragspartner die Leistungsqualität nicht selbst beurteilen kann.³⁷ Da die freien Berufe besonders im öffentlichen Interesse liegen, soll die ganze Bevölkerung Zugang zu ihnen haben. Daher versucht der Staat die landesweite, aber auch leistbare Versorgung mit freiberuflichen Leistungen zu garantieren.³⁸ Informationsasymmetrie und die Sensibilität der Leistung führen dazu, dass das Vertrauen in den Freiberufler gesichert werden soll.³⁹

3. Instrumente

Um diese Ziele zu erreichen, kombiniert der Staat eine Reihe von Instrumenten. Für den Berufsantritt fordert er von Freiberuflern eine hohe berufliche Qualifikation, sie ist seit jeher ein Kern der freiberuflichen Regelungen: Bereits im 18. Jahrhundert mussten Ärzte und Rechtsanwälte, die in den österreichischen Erblanden praktizieren wollten, einen einschlägigen Universitätsabschluss vorweisen.⁴⁰ Bis heute setzt der Antritt eines freien Berufs fast durchgehend

³⁵ *Buchinger* (*Buchinger* (FN 13) 99 f.

³⁶ *Nauta* (FN 26) 3.

³⁷ Vgl. *Felderer/Fink*, Rechts- und wirtschaftsberatende Freie Berufe, WiPolBl 1999, 310 (311 f).

³⁸ *Krejci*, Honorarwettbewerb statt Honorarordnung, ÖZW 2007, 94 (96). Vgl. auch *Scholz*, Marktzugang im ambulanten Gesundheitswesen (2014) 72 f.

³⁹ *Nauta* (FN 26) 3.

⁴⁰ § 1 der Instruktion für Ärzte des Generalsanitätsnormativs von 1770, Theresianisches Gesetzbuch Bd VI, 6; § 410 Allgemeine Gerichtsordnung 1781, Justizgesetzsammlung 1871/13. Zur Bedeutung der Qualifikation der Rechtsanwälte in den vorherigen Jahrhunderten *Mayer* (FN 25) 11.

eine akademische Ausbildung⁴¹ sowie eine gewisse Praxiszeit voraus,⁴² die qualitätsvolle Leistungen sichern sollen.⁴³ Dieses Ziel rechtfertigt nach der Judikatur grundsätzlich auch lange Ausbildungszeiten; die Anhebung der Praxiszeit für Rechtsanwaltsanwärterinnen von fünf auf sieben Jahre qualifizierte der VfGH aber als überschießend, weil sie keine Qualitätsverbesserung versprach, sondern eher dem Schutz vor Konkurrenz zu dienen schien.⁴⁴

Als Antrittsschranken sind bei Apotheken und Notaren zudem Bedarfsprüfungen vorgesehen.⁴⁵ Sie sollen eine landesweite Versorgung mit Leistungen sichern;⁴⁶ dass dies auch kontraproduktiv sein kann, zeigt ein Blick in die Geschichte: Die gesetzlich begrenzte Zahl von Rechtsanwälten sorgte für Engpässe in der Versorgung mit rechtsberatenden Dienstleistungen und wurde daher schon im 19. Jahrhundert aufgehoben.⁴⁷ Bei Ärzten muss bis heute ein Bedarf nachgewiesen werden, um den Beruf in einer bestimmten Form ausüben zu dürfen;⁴⁸ dies soll das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit wahren.⁴⁹

Die Berufsausübung ist bei allen freien Berufen durch eine Vielzahl von Berufspflichten bestimmt. Dazu zählt zunächst die Pflicht zur persönlichen Berufsausübung. Diese Pflicht besteht darin, dass der Freiberufler fachlich unabhängig, eigenverantwortlich und nach eigenem Gewissen handeln soll.⁵⁰ Das soll die Qualität der Leistung sichern und zudem das Vertrauen in die Freiberuflerin stärken.⁵¹ Die Pflicht zur persönlichen Berufsausübung unterscheidet Freiberufler markant von Gewerbetreibenden iSd GewO, die einen Geschäftsführer einsetzen dürfen, um sich von der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit zu befreien.⁵² Das Vertrauen

⁴¹ Kein zwingendes Erfordernis ist die akademische Ausbildung inzwischen bei Steuerberatern: Die Ablegung der Fachprüfung ist auch für Bilanzbuchhalter mit entsprechender Praxiserfahrung möglich (§ 13 Abs 2 Z 1 WTBG). Um als Bilanzbuchhalterin tätig zu sein, muss kein Hochschulstudium abgeschlossen werden (§ 7 Bilanzbuchhaltungsgesetz 2014, BGBl I 2013/191 idF BGBl I 2020/32).

⁴² § 3 Abs 1 Z 2 u 3 Apothekengesetz (ApG), RGBI 1907/5 idF BGBl I 2020/43; § 4 Abs 3 ÄrzteG, BGBl I 1998/169 idF BGBl I 2020/86; § 6 Abs 1 Z 4-7 Notariatsordnung (NO), RGBI 1871/75 idF BGBl I 2020/24; § 2 Abs 1 lit d-f u h Patentanwaltsgesetz (PatentanwaltsG), BGBl 1967/214 idF BGBl I 2019/39; § 1 Abs 2 lit c-f Rechtsanwaltsordnung (RAO), RGBI 1868/96 idF BGBl I 2020/58; § 3 Abs 2 Z 3 Tierärztegesetz (TÄG), BGBl 1975/16 idF BGBl I 2018/59; § 8 Abs 2 Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz 2017 (WTBG), BGBl I 2017/137 idF BGBl I 2020/67; § 6 Abs 1 Z 5 Zahnärztegesetz (ZÄG), BGBl I 2005/126 idF BGBl I 2019/105; § 4 Abs 1 Ziviltechnikergesetz 2019 (ZTG), BGBl I 2019/29 idF BGBl I 2020/32.

⁴³ *Buchinger* (FN 13) 101. Zur Ausbildung als Instrument der Qualitätssicherung bei den freien Gesundheitsberufen s *Skiczuk*, Berufs- und Tätigkeitsschutz der österreichischen Gesundheitsberufe (2006) 51 f u *Schrattbauer*, Maßnahmen der Qualitätssicherung im Berufsrecht der Gesundheitsberufe, in Auer-Mayer/Pfeil/Prantner (Hrsg), Qualitätssicherung im Gesundheitswesen (2017) 23 (29 ff).

⁴⁴ VfSlg 13.011/1992.

⁴⁵ § 10 ApG u § 9 NO.

⁴⁶ Für diese Zielsetzung von § 10 ApG s VfSlg 15.103/1998. Für § 9 NO s RV 1633 BlgNR XX. GP, 3.

⁴⁷ Vgl *Wrabetz*, Österreichs Rechtsanwälte in Vergangenheit und Gegenwart (2008) 76 ff.

⁴⁸ Vor Gründung einer Gruppenpraxis, dh einer Gesellschaft zur Ausübung des (Zahn-)Arztberufes, ist regelmäßig eine Bedarfsprüfung durchzuführen, s § 52b ÄrzteG u § 26a ZÄG. Ein mit einer Bedarfsprüfung vergleichbares Zulassungsregime gibt es nach dem Kassenvertragssystem für (Zahn-)ärztinnen, s dazu *Scholz* (FN 38) 185.

⁴⁹ Für Gruppenpraxen ausdrücklich §§ 52c Abs 1 ÄrzteG u § 26b Abs 1 ZÄG. Für Kassenverträge mwN *Scholz* (FN 38) 185 f.

⁵⁰ § 3 Abs 2 ÄrzteG; § 1 Berufsordnung für Apotheker; Art I Standesrichtlinien der Notare; § 17 Abs 1 PatentanwaltsG; § 9 Abs 1 RAO; § 21 Abs 1 TÄG; § 71 Abs 1 WTBG; § 24 ZÄG; Pkt 5. Standesregeln der Ziviltechniker.

⁵¹ Vgl *Dujmovits* (FN 16) 402.

⁵² *Pöschl*, System der Gewerbeordnung (2016) Rz 275.

in die freiberufliche Vertragspartnerin sollen außerdem Verschwiegenheits- und Treuepflichten sichern, die sich bei Gewerbetreibenden ebenfalls nicht finden.⁵³ Ähnliches gilt für Werbebeschränkungen, die eine sachliche Berufsausübung garantieren sollen.⁵⁴ Bis in die 1990er Jahre war die Werbetätigkeit der Freiberufler nicht nur beschränkt, sondern sogar verboten. Die strikten Werbeverbote verstießen nach der Rsp des VfGH aber gegen die Erwerbs- und Meinungsfreiheit.⁵⁵ Daraufhin wurden die Werbevorschriften zwar gelockert, doch bestehen weiterhin bei den meisten freien Berufen Werbebeschränkungen, die strenger sind als jene für gewerbliche Berufe.⁵⁶ Nur sachliche, wahre und berufsbezogene Werbung ist erlaubt.⁵⁷ Demgegenüber dürfen Vertreter gewerblicher Berufe innerhalb der Grenzen des UWG werben und dabei – anders als Freiberufler – auch marktschreierisch agieren.⁵⁸

Verhaltensstandards für die Berufsausübung schafft außerdem ein Disziplinarrecht, das die beruflichen Selbstverwaltungskörper festlegen und überwachen.⁵⁹ Es zeichnet die freien Berufe seit jeher gegenüber anderen Berufsgruppen aus und gilt bis heute als ihr Spezifikum.⁶⁰ Die disziplinierende berufliche Selbstverwaltung soll zunächst das Vertrauen der Bevölkerung in den einzelnen Berufsangehörigen ebenso wie in den ganzen Berufsstand stärken.⁶¹ Zudem soll das Disziplinarrecht die eigenverantwortliche Berufsausübung und damit auch die Qualität der Leistungen sichern.⁶² Weiters verspricht man sich davon einen Schutz vor einem ruinösen Wettbewerb zwischen den Standesangehörigen.⁶³ Nicht zuletzt entlastet es auch den Staat, wenn mit dem Disziplinarrecht ein Teil der Berufsaufsicht den Kammern übertragen ist.⁶⁴

⁵³ *Entleitner*, Freiberufler im Spannungsfeld zwischen Verschwiegenheits- und Mitteilungspflicht (2016) 207.

⁵⁴ *Nauta* (FN 26) 4 f, 86 ff; *Felderer/Fink* (FN 37) 311.

⁵⁵ VfSlg 13.128/1992 (Wirtschaftstreuhand); 13.554/1993 (Ärzte); 13.675/1994 (Tierärzte).

⁵⁶ Vgl *Dujmovits* (FN 16)456. S dazu auch die Erläuterungen zum Berufsrechts-Änderungsgesetz 2008, das Werbung für Rechtsanwälte erstmals explizit erlaubt: ErlRV 303 BlgNR XXXIII. GP, 21 f.

⁵⁷ ZB § 12 Abs 2 Berufsordnung der Apotheker; § 53 ÄrzteG; Z 62 Standesrichtlinien für Notare; § 10 Abs 5 RAO; § 17 TÄG.

⁵⁸ Vgl *Kraft/Steinmair*, UWG Praxiskommentar (2020) § 2 UWG Rz 24 f.

⁵⁹ *Stillfried*, Berufliche Selbstverwaltung und autonomes Satzungsrecht (1994) 117 ff; *Pernthaler*, Berufliche Selbstverwaltung in Österreich – Relikt des Ständestaates oder Modell für die Zukunft, in FS 75 Jahre Kammern für Arbeiter und Angestellte (1995) 71 (75); *Nauta* (FN 26) 9 ff.

⁶⁰ *Rossmann*, Die Entwicklung der Kammern in Österreich seit 1848, NZ 1972, 209 (210 f); *Steindl*, Die Kammern, in Elhenicky (Hrsg), Körperschaften des öffentlichen Rechts (2015) 154 (194).

⁶¹ *Steindl* (FN 60) 194.

⁶² Vgl schon AB 99 BlgAH VII. Sess, 1035 u AB 234 BlgAH XI. Sess, 1. S dazu außerdem *B. Davy*, Ansehen und Würde des Ziviltechnikerstandes, in FS Kühne (1984) 81 (82 f). Zur gleichgelagerten Funktion des Disziplinarrechts der Beamten *Kucsko-Stadlmayer*, Das Disziplinarrecht der Beamten (2010) 162 f.

⁶³ Vgl *Memmer*, Die Institutionalisierung des ärztlichen Standes, in Angetter/Nemec/Posch/Druml/Weindling (Hrsg), Strukturen und Netzwerke (2018) 209 (215).

⁶⁴ So auch *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung (1997) 227 f u *Burgi*, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, Veröffentlichung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (VVDSrL) 62 (2003) 407 (421 f).

Bei vielen freien Berufen beschränken auch Honorarregeln die Berufsausübung. Strikte Mindest- oder Höchstpreise bestehen mittlerweile nur mehr bei einer Minderheit der freien Berufe.⁶⁵ Die freiberuflichen Kammern wirken aber weiterhin mit unverbindlichen Honorarempfehlungen auf die Preisgestaltung ein.⁶⁶ Honorarregeln sollen eine hohe Leistungsqualität sichern.⁶⁷ Außerdem sollen sie einheitliche, vorhersehbare und auch erschwingliche Preise gewährleisten und damit den Zugang zu freiberuflichen Leistungen absichern.⁶⁸

Ein letztes Instrument im Recht der freien Berufe ist das Sondergesellschaftsrecht. Den freien Berufen war die Gründung von Außengesellschaften lange grundsätzlich verwehrt, da dies als unvereinbar mit der Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung galt.⁶⁹ Bis in die 1990er Jahre ermöglichte der Gesetzgeber den freien Berufen aber die Bildung von Außengesellschaften, um ihrem Bedürfnis, sich dauernd zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenzuschließen, Rechnung zu tragen und sie im Hinblick auf den Beitritt zur EG konkurrenzfähig zu halten.⁷⁰ Doch bestehen für alle freien Berufe Beschränkungen der möglichen Rechtsform bzw der Beteiligungsmöglichkeiten.⁷¹ die eine fachlich einwandfreie Berufsausübung gewährleisten sollen.⁷²

B. Zweiter Teil: Liberalisierungsbestrebungen der EU

Im Konfliktfall verdrängt das Unionsrecht wegen seiner besonderen Qualität⁷³ das nationale Recht der freien Berufe. Letzteres steht damit unter einem Anpassungs- und Veränderungsdruck. Der zweite Teil der Arbeit soll die daraus folgenden Konsequenzen zeigen. Dafür wird zunächst abstrakt herausgearbeitet, welche Ziele die Union hinsichtlich der freien Berufe bei ihrer Rechtssetzung verfolgt bzw verfolgt hat und welche Instrumente die EU zur Erreichung dieser Ziele einsetzt. Im Anschluss sollen anhand von drei Beispielen – der Ausbildung, den

⁶⁵ Verpflichtende Honorarregeln existieren nur noch bei den Notarinnen (§ 1 Notariatstarifgesetz (NTG), BGBl 1973/576 idF BGBl I 2017/40) und Rechtsanwältinnen (§ 1 Abs 1 Rechtsanwaltsstarifgesetz (RATG), BGBl 1968/189 idF BGBl I 2020/19). Die Mindesttarife für Ziviltechnikerleistungen hob der VfGH in den 1990er Jahren auf (VfSlg 12481/1990). Bei (Zahn-)Ärztinnen existiert zwar keine gesetzlich vorgeschriebene Preisbildung. Ein erheblicher Anteil der ambulanten ärztlichen Leistungen wird aber durch Vertragspartner der Krankenversicherungen erbracht, die an die in den Gesamtverträgen festgelegten Tarife gebunden sind, dazu *Scholz* (FN FN 38) 31 f.

⁶⁶ ZB §§ 66a Abs 2 Z 7 u 117b Abs 2 Z 10 Ärztegesetz; § 37 Abs 1 Z 4 RAO; § 18 Abs 1 TÄG.

⁶⁷ *Berka*, Die Honorarrichtlinien der freien Berufe im Lichte der Erwerbsfreiheit, WBI 1992, 309 (316); *Michel*, Gesetzliche Mindestpreise als Verletzung des europarechtlichen Kartellverbots, GPR 2018, 294 (294).

⁶⁸ *Krejci* (FN 38) 96. Zu dieser Funktion der Preisbindung von Arzneimitteln *Zirm* (FN 25) 237 ff.

⁶⁹ Kritik an dieser Argumentation bei *Krejci*, Erwerbsgesellschaftengesetz (1991) § 1 Rz 91. Ausgenommen waren die Wirtschaftstreuhandberufe, bei denen die Möglichkeit der Gesellschaftsbildung aber scheinbar ohne Begründung Mitte des 20. Jahrhunderts aus dem deutschen Recht übernommen wurde, dazu *Gründwald*, Rechtsformwahl bei wirtschaftstreuhandischer Tätigkeit, in Bertl/D. Mandl/G. Mandl (Hrsg), Handbuch für Wirtschaftstreuhand (1989) 389 (399).

⁷⁰ RV 1231 BlgNR XVII. GP, 4 zum Erwerbsgesellschaftengesetz, BGBl 1990/257, mit dem erstmals allen freien Berufen die Gesellschaftsbildung ermöglicht wurde.

⁷¹ Für einen Überblick der jeweils geltenden gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen bei den freien Berufen s *Kalss/Natlacen*, Branchen- und rechtsformspezifische Beschränkungen, in Bergmann/Kalss (Hrsg), Rechtsformenwahl (2020) 107 (110 ff).

⁷² *Müller/Rief/Thiery*, Die Eingetragene Erwerbsgesellschaft (1994) 109; *Nauta* (FN 26) 60; *Krejci* (FN 13) 680; *Kalss/Natlacen*, (FN 71) 109. Vgl auch *Reiner*, Die Rechtsanwaltsgesellschaft (2014) 226; *Rüffler/Müller*, Interdisziplinäre Rechtsanwaltsgesellschaften? (2016) 5 ff u *Zirm* (FN 25) 198. S dafür außerdem RV 1231 BlgNR XVII. GP, 3 zum Erwerbsgesellschaftengesetz, BGBl 1990/257, mit dem erstmals allen freien Berufen die Gesellschaftsbildung ermöglicht wurde.

⁷³ Dazu ausführlich *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht (2017) 57 ff.

Honorarregeln und dem Sondergesellschaftsrecht – die konkreten Auswirkungen des Unionsrechts analysiert werden. Für diese Auswahl spricht insbesondere, dass diese drei Bereiche im Liberalisierungsfokus der Kommission stehen.⁷⁴

1. Zielsetzungen

Die Ziele der Union im Bereich der freien Berufe haben sich parallel zu den Grundlinien des europäischen Integrationsprozesses entwickelt.⁷⁵ Diesem Prozess übergeordnet war und ist weiterhin die schrittweise Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes.⁷⁶

Am Beginn der Rechtsentwicklung standen einander Staaten gegenüber, die ihre Märkte klar voneinander abgrenzten. Dies zeigt sich augenscheinlich an den freien Berufen: Ihre grenzüberschreitende Tätigkeit war teils unmöglich, weil die nationalen Berufsordnungen ausländische Konkurrenten von der Leistungserbringung ausschlossen.⁷⁷ Um eine wirtschaftliche Verflechtung der Mitgliedsstaaten zu erreichen, mussten diese nationalstaatlichen Hürden überwunden werden. Für die freien Berufe bedeutet dies zuvorderst, dass ihnen der Zugang zu den Märkten der anderen Mitgliedsstaaten eröffnet werden sollte. Im Fokus der ersten Phase der Liberalisierung standen daher Bestimmungen, die unmittelbar oder mittelbar an die Staatsangehörigkeit anknüpften.⁷⁸

Allein die Möglichkeit, in anderen Mitgliedsstaaten eine freiberufliche Tätigkeit auszuüben, beförderte die grenzüberschreitende Tätigkeit noch nicht wesentlich. Daher bemühte sich die EU im nächsten Schritt den freien Berufen den Marktzugang zu erleichtern. Zunächst sollten dafür jene nationalen Vorschriften beseitigt werden, die Freiberuflern aus dem EU-Ausland eine Mehrbelastung beim Berufsantritt auferlegen.⁷⁹ Dazu zählt insb das Erfordernis einer inländischen Ausbildung.⁸⁰ Dann wandte sich die Union zusätzlich gegen Bestimmungen, die den Marktzugang erschweren können,⁸¹ wozu auch Berufsausübungsregeln gehören.⁸²

⁷⁴ Deutlich in Mitteilung der Kommission (FN 2) 10 ff. Dass diese Bereiche auch in den letzten Jahren noch für Kritik sorgen zeigt Mitteilung der Kommission. Reformempfehlungen für die Berufsreglementierung, KOM(2016) 820 endg.

⁷⁵ *Wendt* (FN 29) 39.

⁷⁶ *Stumpf* (FN 7) Rz 27; *Haltern* (FN 7) Rz 92.

⁷⁷ *Zaglmayr* (FN 25) Rz 1.6. Vgl auch *Hempel* (FN 25) 1.

⁷⁸ EuGH 21.6.1974, 2/74 (*Reyners/Belgien*), ECLI:EU:C:1974:68; 3.12.1974, 33/74 (*Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*), ECLI:EU:C:1974:131. Vgl dazu *Berger*, Das Bild des Rechtsanwalts in der Rechtsprechung des EuGH, AnwBl 2015, 18 (20).

⁷⁹ Vgl *Crayencour*, Die europäische Gemeinschaft und die Freizügigkeit der freien Berufe (1983) 10 f; 34 f.

⁸⁰ S dazu Weißbuch der Kommission. Vollendung des Binnenmarktes, KOM(85) 310 endg., Rz 91 ff; EuGH 28.4.1977, 71/76 (*Thieffry/Conseil de l'ordre des avocats à la Cour d'Appel Paris*), ECLI:EU:C:1977:65, Rz 19; 7.5.1991, C-340/89 (*Vlassopoulos/Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*), ECLI:EU:C:1991:193, Rz 15.

⁸¹ Vgl dazu allgemein *Müller-Graff* in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV (2018) Art 49 AEUV Rz 65 ff.

⁸² S zB EuGH 5.12.2006, C-94/04 ua, (*Cipolla/Fazari ua u Capoparte/Meloni*), ECLI:EU:C:2006:758; 17.7.2008, C-500/06 (*Corporación Dermoestética SA/To Me Group Advertising Media*), ECLI:EU:C:2008:421; 19.5.2009, C-171/07 ua (*Apothe-*

Ein weiteres zentrales Ziel der EU ist es, Wettbewerbsbeschränkungen im Binnenmarkt zu verhindern.⁸³ Zu solchen Einschränkungen kann auch die Satzungstätigkeit der Kammern führen wenn sie bewirkt, dass die Angehörigen des Berufsstandes auf nationaler Ebene ihr wirtschaftliches Verhalten aufeinander abstimmen,⁸⁴ etwa indem die Kammern eine bestimmte Art der Werbung oder Preise vorschreiben.⁸⁵ Dadurch kann der nationale Markt abgeschottet, Berufstätigen anderer Mitgliedsstaaten also der Zugang dazu erschwert werden. Deshalb versucht die EU wettbewerbsbeschränkender Satzungstätigkeit entgegenzuwirken.⁸⁶

2. Instrumente

All diese Ziele verfolgt die Union mit verschiedenen Instrumenten, die sowohl auf der Ebene des Primär- als auch des Sekundärrechts angesiedelt sind. An erster Stelle stehen dabei das Diskriminierungs- und das Beschränkungsverbot, die aus der primärrechtlich garantierten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit abgeleitet werden. Das Diskriminierungsverbot untersagt dem Aufnahmestaat, Regelungen beizubehalten, die ausländische Unionsbürger offen oder versteckt diskriminieren. Das Beschränkungsverbot verbietet nationale Vorschriften, die zwar für In- und Ausländer gleichermaßen gelten, aber die Ausübung der Grundfreiheiten weniger attraktiv machen oder potentiell behindern.⁸⁷ So kommt der EuGH in die Lage, potentiell alle mitgliedstaatlichen Antritts- und Ausübungsregeln zu überprüfen.⁸⁸

Aus Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten lassen sich jenseits des konkreten Anwendungsfalles allerdings nur abstrakte Grundsätze ableiten, die die Mitgliedsstaaten möglicherweise unterschiedlich umsetzen.⁸⁹ Deshalb setzt die Union verstärkt darauf, nationale Berufszugangs- und Berufsausübungsregeln durch Sekundärrecht zu harmonisieren,⁹⁰ das detaillierte

kerkammer des Saarlandes/Saarland u Heumann-Seiwert/Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales), ECLI:EU:C:2009:316; 12.9.2013, C-475/11 (Kostantinides), ECLI:EU:C:2013:542; 4.5.2017, C-339/15 (Vanderborght), ECLI:EU:C:2017:335.

⁸³ *König*, Standesrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen im gemeinsamen Markt (1997) 129; *J. Hoffmann*, Art 101 u 102 AEUV im Überblick, in Dausen/Ludwigs (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (48. EL 2019) Rz 1.

⁸⁴ *M. Martini*, Das Wettbewerbsrecht als Ressource der Berufsaufsicht (2014), 98; *Woschnak*, Aspekte der Selbstverwaltung des Notariats (2018) Rz 875.

⁸⁵ *König* (FN 83) 154 f.

⁸⁶ Grundlegend EuGH 18.6.1998, C-35/96 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:1998:303.

⁸⁷ *Frenz*, Europarecht (2016) Rz 242 f; *Klamert*, EU-Recht (2018) Rz 634 ff. Unklar ist, ab wann eine nationale Regelung eine Tätigkeit behindert oder weniger attraktiv macht. Teils wird vertreten, dass diese Wirkung jeder Vorschrift zukommt, die für einen EU-Ausländer Kosten verursacht, so etwa *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten (2019) 33 ff. Für ein engeres Verständnis zB *Müller-Graff* (FN 81) Rz 60 ff.

⁸⁸ So schon *Stelzer* (FN 24) 54.

⁸⁹ *Korte* (FN 28) 303; *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht der EU (2011) 136. S dazu auch den 6. ErwGr der DienstleistungsRL.

⁹⁰ *Stumpf* (FN 7) Rz 27 f. Den weitgehendsten Anwendungsbereich haben dabei die BerufsqualifikationsRL idF RL 2013/25/EU und die DienstleistungsRL. Für einzelne freie Berufe gelten sektorale Richtlinien: Rechtsanwalts-DienstleistungsRL, RL 77/249/EWG idF RL 2013/25/EU; Rechtsanwalts-NiederlassungsRL, RL 98/5/EG idF 2013/25/EU u AbschlussprüferRL, 2006/43/EG idF 2014/56/EU. Zur Bedeutung der Harmonisierung der Berufszugangs und -ausübungsregeln bereits *Crayencour* (FN 79) 11.

Vorgaben beinhalten kann und damit zur Rechtssicherheit beiträgt.⁹¹ Gleichzeitig werden so Antritts- und Ausübungsbeschränkungen ausgeglichen, die auf unterschiedliche rechtliche Standards zurückzuführen sind.⁹²

Seit einiger Zeit verpflichtet die Union die Mitgliedsstaaten schließlich auch, regelmäßig die gesamte Berufsreglementierung zu überprüfen und gegenseitig zu evaluieren.⁹³ Das soll ein Anstoß für die Mitgliedsstaaten sein, ihre Bestimmungen über freiberufliche Tätigkeiten laufend zu überdenken.⁹⁴ Zusätzlich gibt das Sekundärrecht Kriterien vor, nach denen die Mitgliedsstaaten vor jeder Änderung von Berufszugangs- oder -ausübungsregeln eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen haben.⁹⁵

Das Kartellverbot soll schließlich ein abgestimmtes Verhalten von Unternehmen und dadurch ausgelöste Wettbewerbsbeschränkungen verhindern.⁹⁶ Dieses Instrument adressiert auch die freiberuflichen Kammern, da es für die Anwendbarkeit des Kartellrechts unerheblich ist, ob eine privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisierte Institution die Verhaltensweise festlegt.⁹⁷ Unter bestimmten Umständen nimmt der EuGH zwar die Rechtssetzung der Kammern von den kartellrechtlichen Vorschriften aus,⁹⁸ jedoch schränken diese jedenfalls den eigenverantwortlichen Gestaltungsspielraums der Kammern ein.⁹⁹

3. Probleme und Chancen der Liberalisierung anhand ausgewählter Beispiele

Die unionsrechtlichen Instrumente hinsichtlich Ausbildung, Honorarregeln und Sondergesellschaftsrecht adressieren die freien Berufe nicht in gleicher Weise. Um nach den Konsequenzen der Liberalisierung fragen zu können, werden daher zunächst die inhaltlichen Vorgaben an das

⁹¹ Korte in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV (2011) Art 26 AEUV Rz 33. Ausführlich zum Instrument der Rechtsangleichung *Asemissen* (FN 19) 6 ff.

⁹² *Bußjäger* (FN 21) 331; *Calliess/Korte* (FN 89) 136; *Eberhard/Grabenwarter/Holoubek/Kröll/Lienbacher/Vranes*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht Bd I (2018) 123.

⁹³ Art 59 Abs 3 BerufsqualifikationsRL. Dazu ausführlich *Henssler/Schäfer*, Ziele, Einführung und Umsetzung des neuen Peer-Review-Verfahrens nach Art 59 der Berufsanerkennungsrichtlinie, *EuZW* 2014, 928.

⁹⁴ *Brödermann*, Interessengerechter Berufszugang zur Rechtsanwaltschaft in Deutschland, in *Hatje/Iliopoulos/Iliopoulos-Stragans/Kämmerer* (Hrsg), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union (2015) 205 (214). Ähnlich *Stelkens/Seyfarth* (FN 18) 5 f u *Payrhuber/Stelkens*, „1-1 Umsetzung“ von EU-Richtlinien: Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts-)politischer Populismus? *EuR* 2019, 190 (198 f).

⁹⁵ Art 1, 6 u 7 VerhältnismäßigkeitsRL, RL 2018/958/EU. S dazu *Schäfer*, Berufsrecht 2020 – Mit der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie auf dem Weg zu einem modernen Regulierungsrecht? *EuZW* 2018, 789. Kritik an der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie bei *Stöbener de Mora*, Eine unverhältnismäßige Verhältnismäßigkeitsprüfung, *EuZW* 2017, 287.

⁹⁶ *Lettner*, Einleitung zum EU-Kartellrecht, in *Burgstaller/Lettner* (Hrsg), EU-Kartellrecht (2014) 1 (7).

⁹⁷ *J. Hoffmann* (FN 83) Rz 71; *Grave/Nyberg* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Hrsg) Kartellrecht (2020) Art 101 AEUV, Rz 364. Nach der Rsp des EuGH kann sich das Kartellverbot aber iVm dem Gebot der loyalen Zusammenarbeit an die Mitgliedsstaaten selbst richten, wenn sie das wettbewerbsbeschränkende Verhalten der Kammern ermöglichen, s dafür zB *EuGH* 23.11.2017, C-427/16 ua (*CHEZ Elektro Bulgaria/Kotsev u FrontEx International/Yanakiiev*), ECLI:EU:C:2017:890.

⁹⁸ Grundlegend *EuGH* 19.2.2002, C-35/99 (*Arduino*), ECLI:EU:C:2002:97. Zu den Voraussetzungen, die für die Ausnahme erfüllt sein müssen *Künster*, Kartellrechtliche Überprüfung der Fortbildungssysteme von Berufskammern, *ZWeR* 2014, 184 (186 f, 193 ff).

⁹⁹ *Burgi* (FN 28) 443 f; *Dujmovits* (FN 16) 423; *M. Martini* (FN 84) 97 ff.

nationale Recht analysiert, ohne dabei aus dem Blick zu verlieren, inwieweit diese zwischen den einzelnen Berufen differenzieren. Ist dergestalt der unionsrechtliche Rahmen erarbeitet, kann anschließend die nationale Umsetzung untersucht werden. Im Anschluss werden aussagekräftige Vergleichsgruppen gebildet. Anhand der Vergleichsgruppen soll zum einen gezeigt werden, ob Regelungstechniken zur Umsetzung des Unionsrechts auf weitere freie Berufe übertragbar sind. Andererseits sollen konkrete Probleme und Chancen der Liberalisierung illustriert werden. Beim Vergleich müssen berufsspezifische Besonderheiten berücksichtigt werden: Trotz der Gemeinsamkeiten sind Aussagen über die jeweiligen freien Berufe nicht 1:1 übertragbar, weil sich die freiberufliche Tätigkeit auf unterschiedliche Lebensbereiche bezieht. Deshalb enthalten auch die nationalen Berufsordnungen – wie im ersten Teil der Arbeit gezeigt wird – eine Abstufung bzw unterschiedliche Kombination der eingesetzten Instrumente.

Die EU würdigt zwar, dass eine qualifizierte Ausbildung die Qualität von Dienstleistungen sichern kann.¹⁰⁰ Aus Unionsperspektive kann dieses Erfordernis aber zu unerwünschten Effekten Problemen führen, wenn sich die geforderte Ausbildung von Mitgliedsstaat zu Mitgliedsstaat erheblich unterscheidet, denn dadurch ist die grenzüberschreitende Zirkulation von Berufsangehörigen maßgeblich gehemmt.¹⁰¹ Um den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr der freien Berufe zu befördern, hat die EU mittlerweile auf sekundärrechtlicher Ebene ein Regelwerk geschaffen, das auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen basiert und so den Berufszugang erheblich erleichtert.¹⁰² Dieses Regelwerk enthält jedoch je nach Berufsgruppe unterschiedliche Vorgaben für die Mitgliedsstaaten: Für einige freie Berufe wird die Berufsqualifikation automatisch anerkannt, sodass sie ohne weiteres in einem anderen Mitgliedsstaat – dauerhaft – ausgeübt werden können.¹⁰³ Andere Freiberufler müssen Ausgleichsmaßnahmen erbringen, die entweder in einem Eignungstest oder in einem Anpassungslehrgang bestehen.¹⁰⁴ Bei den Notaren, die als einziger freier Beruf nicht unter dieses

¹⁰⁰ S nur Mitteilung der Kommission (FN 2) 16 f.

¹⁰¹ Vgl *Stumpf*, Aktuelle Entwicklungen im europäischen Dienstleistungs- und Niederlassungsrecht, DZWIR 2006, 99 (104 f) u *Zaglmayr* (FN 25) Rz 1.4. So auch zB EuGH 28.4.1977, 71/76 (Thieffry/Conseil de l'ordre des avocats à la Cour d'Appel Paris), ECLI:EU:C:1977:65, Rz 19; 7.5.1991, C-340/89 (Vlassopoulou/Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg), ECLI:EU:C:1991:193, Rz 15.

¹⁰² *Asemissen* (FN 19) 172; *Kluth* in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV (2016) Art 59 AEUV, Rz 34.

¹⁰³ Die automatische Anerkennung bei Niederlassung in Österreich gilt für Apotheker, Architektinnen, Ärzte, Tierärztinnen und Zahnärztinnen (Art 21 BerufsqualifikationsRL). Bei vorübergehender Berufsausübung muss bei allen freien Berufen – außer den Notaren - die Ausbildung anerkannt werden, wenn die Tätigkeit im Herkunftsstaat reglementiert ist. Ist sie das nicht, so muss der Freiberufler mindestens zwei Jahre Berufserfahrung innerhalb der letzten zehn Jahre nachweisen (Art 5 Abs 1 u 2 BerufsqualifikationsRL).

¹⁰⁴ Art 13 iVm Art 14 BerufsqualifikationsRL. Dieses Anerkennungssystem ist in Österreich für Patentanwälte, Rechtsanwälte, Wirtschaftstreuhänder und Ingenieurkonsulenten maßgeblich, weil sie nicht unter die automatische Anerkennung fallen.

Regelwerk fallen, garantieren die Grundfreiheiten die Anerkennung von Ausbildung oder Berufserfahrung. Die Grundfreiheiten enthalten aber im Vergleich zum Sekundärrecht nur die abstrakten Vorgaben der Nicht-Diskriminierung und der Sachlichkeit.¹⁰⁵

Nach derzeitigem Stand scheint zumindest die automatische Anerkennung unionsrechtskonform im nationalen Recht verankert zu sein. Eine Nichtumsetzung könnte es bei jenen freien Berufen geben, für die eine Anerkennung mit Ausgleichsmaßnahmen gilt: Das Unionsrecht verlangt hier grundsätzlich, dass der ausländische Berufsangehörige zwischen einem Eignungstest oder einem Anpassungslehrgang wählen kann.¹⁰⁶ Diese Wahlmöglichkeit ist nur bei den Ingenieurkonsulenten umgesetzt;¹⁰⁷ bei den anderen freien Berufen ist ausschließlich ein Eignungstest vorgesehen.¹⁰⁸ Im Anschluss an die Untersuchung der Unionsrechtskonformität werden Vergleichsgruppen gebildet, dabei werden die freien Berufe innerhalb eines Anerkennungssystems verglichen. Für die Auswahl der Vergleichsgruppen ist maßgeblich, dass das sekundärrechtliche Regelwerk abgestuft ist, weil die Ausbildungssysteme in unterschiedlichem Ausmaß unionsrechtlich harmonisiert sind.¹⁰⁹ Probleme könnten durch die unionsrechtliche Liberalisierung der Ausbildung bspw auftreten, falls dadurch die Qualität der freiberuflichen Leistungen absinken würde.¹¹⁰

Ebenso lohnend scheint eine nähere Auseinandersetzung mit den Honorarregelungen der freien Berufe. Tarifvorgaben auf nationaler Ebene sind aus dem Blickwinkel der Union ein erhebliches Hemmnis für den zwischenstaatlichen Austausch von Waren und Dienstleistungen. Dies gilt besonders für fixe Gebührenordnungen; aber auch unverbindliche Honorarempfehlungen können wettbewerbshemmend sein.¹¹¹ Für einige freie Berufe ist hier Sekundärrecht einschlägig;¹¹² für andere ergeben sich Vorgaben aus den Grundfreiheiten. Zusätzlich ist das Kartell-

¹⁰⁵ Grundlegend EuGH 7.5.1991, C-340/89 (Vlassopoulou/Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg), ECLI:EU:C:1991:193. S dazu auch *Stumpf* (FN 7) Rz 111. Notare sind gem Art 2 Abs 4 BerufsqualifikationsRL von deren Anwendungsbereich ausgenommen.

¹⁰⁶ Art 14 Abs 2 S 1 BerufsqualifikationsRL.

¹⁰⁷ § 32 Abs 9 ZTG.

¹⁰⁸ S §§ 18 ff EIRAG; § 2 Abs 3 iVm § 15a PatentanwaltsG u § 7 WTBG. Es muss noch überprüft werden, ob Österreich das Verfahren nach Art 14 Abs 2 S 2 ff BerufsqualifikationsRL eingehalten hat. In diesem Fall wäre der Ausschluss der Wahlmöglichkeit unionsrechtlich gedeckt.

¹⁰⁹ *Stumpf* (FN 101) 102 ff; *Zaglmaier* (FN 25) Rz 5.1.

¹¹⁰ Möglich wäre dies etwa, wenn die unionsrechtlichen Regelungen dazu genutzt werden könnten, national geforderte Ausbildungsschritte zu überspringen. Zum missbräuchlichen Gebrauch des Unionsrechts bei der Berufsanerkennung ausführlich *Zaglmaier* (FN 25) Rz 11.1 ff. Die Gefahr, dass das Qualifikations- und Qualitätsniveau als Folge der Berufsqualifikationsrichtlinie absinken könnte, sehen für Deutschland auch *Henssler*, Der Richtlinienvorschlag über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, EuZW 2003, 229 (229) u *Asemissen* (FN 19) 178, 207 f.

¹¹¹ *Krejci* (FN 38) 94; *Kottmann*, Unionsrechtskonformität von Honorarordnungen der freien Berufe, NJW 2019, 3025 (3025). So auch *Wendt* (FN 29) 257.

¹¹² Art 15 Abs 2 lit g DienstleistungsRL, der bei allen freien Berufen außer den Notaren und Gesundheitsberufen anwendbar ist. Nach unionaler Auffassung zählen die Tierärzte nicht zu den Gesundheitsberufen. Zur Anwendung der DienstleistungsRL auf die freien Berufe s *Korte* (FN 28).

recht anwendbar: Einige Satzungen freiberuflicher Kammern enthalten weiterhin Honorarempfehlungen, die die Preisbildung beeinflussen und damit den Wettbewerb beschränken können.¹¹³ Der unionsrechtliche Rahmen für Honorarregeln muss in der Dissertation aber noch abgesteckt werden, weil es keine ähnlich klaren Vorgaben wie bei der Ausbildung gibt. Es steht lediglich fest, dass nach der Rsp des EuGH sogar fixe Tarife unter Umständen gerechtfertigt sein können¹¹⁴ und das für einige freie Berufe bestehende Gebot eines angemessenen Honorars idR unproblematisch ist.¹¹⁵ In der Lit wird die Rsp des EuGH zudem so interpretiert, dass der Gerichtshof gesetzliche Honorarvorgaben – wie sie etwa in Form des Notariats-¹¹⁶ und Rechtsanwaltsstarifs¹¹⁷ bestehen – milder behandelt als Vorgaben von den beruflichen Selbstverwaltungskörpern.¹¹⁸

In einem nächsten Schritt werden wieder Vergleichsgruppen gebildet, wobei als Trennlinie der nach derzeitigem Stand unterschiedliche unionsrechtliche Maßstab an die jeweiligen Honorarvorgaben fungieren soll. Hinsichtlich der Regelungstechniken für Honorarvorgaben könnten die freien Berufe bspw folgendermaßen voneinander lernen: Falls innerhalb des unionsrechtlichen Rahmens nur noch gesetzliche Honorarregeln zulässig sind, so könnte diese Technik auch bei anderen freien Berufen eingesetzt werden, für die aktuell Honorarvorgaben in Satzungen bestehen. Probleme könnten sich aus derzeitiger Sicht etwa bei Freiberuflerinnen ergeben haben, deren Honorarempfehlungen wegen entgegenstehendem Unionsrecht abgeschafft wurden: Falls ein Preisverfall eingetreten ist, könnte es zu Qualitätseinbußen gekommen sein.¹¹⁹ Die Erkenntnisse bei den betroffenen Berufsgruppen könnten auf andere übertragen werden, bei denen weiterhin Honorarempfehlungen bestehen.

Schließlich soll noch das Sondergesellschaftsrecht der freien Berufe in den Blick genommen werden. Restriktive Vorgaben zu Gesellschaftsform und -beteiligung erschweren den Zugang

¹¹³ So explizit KOM 24.6.2004, COMP/38549 (Barème d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges). So auch *De Waele*, Liberal Professions and recommende prices: The Belgian architects case, Competition Policy Newsletter 3/2004, 44 (44).

¹¹⁴ ZB fixe Tarifobergrenzen im Bereich des Kostenersatzes, EuGH 28.7.2016, C-57/15, (United Video Properties Inc./ Telenet NV), ECLI:EU:C:2016:611. Keine Rechtfertigung sah der Gerichtshof zB für die deutsche Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, EuGH 4.7.2019, C-377/17 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2019:562 bzw für die deutschen Fixpreise für Arzneimittel, EuGH 19.10.2016, C-148/15 (Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs), ECLI:EU:C:2016:776.

¹¹⁵ So sah der EuGH die Pflicht „angemessene“ Honorare für ärztliche Leistungen zu fordern, als keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit an, EuGH 12.9.2013, C-475/11, ECLI:EU:C:2013:542.

¹¹⁶ § 1 NTG.

¹¹⁷ § 1 RATG.

¹¹⁸ Eine mildere Behandlung deutet etwa *Nuckelt*, Rechtsanwaltsgebührenordnungen auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, JB Kammerrecht 2006, 283 (294) an. In diese Richtung auch *Kämmerer* (FN 7) H 38, H 84 u *Wendt* (FN 29) 561 ff.

¹¹⁹ So argumentieren zumindest die betroffenen freien Berufe *Himmelfreundpointner*, Die Rechen-Aufgabe, derPlan 1/2007, 3 (3 f) u *Rath*, Wie der Luftballon einer Honorarordnung zerplatzt, VWT 2019, 241 (242). S dazu auch *Krejci* (FN 38) 96 f bzw zur gleichen Argumentation in Deutschland *Kämmerer* (FN 7) H 87 ff. Dass Honorarvorgaben durchaus öffentlichen Interessen Rechnung tragen, zeigt die Wirtschaftswissenschaft immer wieder, s zB *Mimra/Rasch/Waibel*, Price competition and reputation in credence goods markets: Experimental evidence, Games and Economic Behavior 2016, 337.

für fremde Berufsangehörige, in deren Herkunftsstaaten derartige Einschränkungen nicht bestehen. Deshalb strebt die Union weiter eine Lockerung von Sondergesellschaftsrecht an.¹²⁰ Auch hier gilt: Für einige freie Berufe sind bereits sekundärrechtliche Regelungen ergangen, für andere nicht.¹²¹ Für letztere ergeben sich deshalb Vorgaben nur aus den Grundfreiheiten.

Da auch beim Sondergesellschaftsrecht dem Sekundärrecht vor allem abstrakte Grundsätze zu entnehmen sind, muss der unionsrechtliche Rahmen erst ermittelt werden. Danach soll wiederum überprüft werden, ob das nationale Recht unionsrechtskonform ist. Zum jetzigen Zeitpunkt steht nach einem rezenten Urteil des EuGH fest, dass für Tierärzte und Ziviltechniker Anpassungspflichten bestehen.¹²² Nach der Prüfung der Umsetzung werden wieder Vergleichsgruppen gebildet. Nach derzeitigem Stand bietet es sich beim Sondergesellschaftsrecht an, die Berufe nach den hier einschlägigen unionsrechtlichen Instrumenten in Vergleichsgruppen einzuteilen. Die Übertragbarkeit von Regelungstechniken soll unter anderem im Zusammenhang mit dem oben erwähnten Urteil untersucht werden: Sie sollen nach der Anpassung des nationalen Rechts¹²³ in den jeweiligen Berufsgesetzen herausgearbeitet und verglichen werden. Eine Chance könnte die Liberalisierung des Sondergesellschaftsrechts für die freien Berufe zB dann sein, wenn dadurch Beteiligungsbeschränkungen abgeschafft würden, die innovationshemmend sind.¹²⁴ Hier könnten womöglich freie Berufe mit restriktiven Sondergesellschaftsrecht von jenen lernen, deren Berufsordnungen in diesem Bereich bereits liberalisiert sind.

¹²⁰ Kürzlich EuGH 27.2.2020, C-384/18 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:2020:124.

¹²¹ Kein Sekundärrechtsakt ist für die Notare und die Gesundheitsberufe ergangen. Vorgaben enthält hier wieder die DienstleistungsRL (Art 15 Abs 2 lit b u Art 25). Da für Rechtsanwältinnen und Wirtschaftsprüfer eigenes Sekundärrecht zu deren Gesellschaftsrecht ergangen ist, sind dessen speziellere Regelungen anwendbar (Art 3 DienstleistungsRL). Für diese beiden Berufe ergeben sich die Vorgaben aus Art 11 Anwalts-Niederlassungsrichtlinie, RL 98/5/EG idF RL RL 2013/25/EU und Art 3 Abs 4 Abschlussprüferrichtlinie, RL 2006/43/EG idF RL 2014/56/EU.

¹²² EuGH 29.7.2019, C-209/18 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2019:632. Zur weiterbestehenden Unionsrechtswidrigkeit des PatentanwaltsG *Beetz*, Die PatentanwaltsG-Novelle 2019, ÖBl 2019, 218 (223 f). Eine Anpassung der Vorschriften ist jedenfalls geboten, weil nach der neueren Rsp des EuGHs die entsprechenden Bestimmungen der DienstleistungsRL auch für reine Inlandssachverhalte anwendbar sind, EuGH 30.1.2018, C-360/15 ua, (X./College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort u Visser/ Raad van de gemeente Appingedam), ECLI:EU:C:2018:44.

¹²³ Die Begutachtungsfrist für die Novelle des ZTG ist erst unlängst, am 11.9.2020, abgelaufen, s dafür https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00040/index.shtml (2.10.2020).

¹²⁴ So argumentiert zB *Böhm*, Deregulierungsspielräume betreffend die interdisziplinäre Zusammenarbeit von freien und gewerblichen Berufen, WPoIBl 2011, 109 (122 f). *Krejci* (FN 13) 670 ff sieht auch ua die Chance innovativer beruflicher Zusammenschlüsse. AA für Rechtsanwaltsgesellschaften zB *Rüffler/Müller* (FN 72) 64 ff.

IV. Fragestellungen

Auf Grundlage dieser Ausführungen ergeben sich folgende Forschungsfragen, die mit dem Dissertationsvorhaben beantwortet werden sollen:

1. Welche übergreifenden Eigenheiten weisen die freien Berufe bei allen Binnenunterschieden im Vergleich zu Gewerbetreibenden auf und inwieweit erklären diese Eigenheiten das tradierte Sonderregime der freien Berufe?
2. Inwieweit sind die unionsrechtlichen Vorgaben für die freien Berufen hinsichtlich Ausbildung, Honorarregeln und Sondergesellschaftsrecht umgesetzt?
3. Welche Regelungstechniken werden bei der Umsetzung dieser Vorgaben eingesetzt und inwieweit können die freien Berufe hier voneinander lernen?
4. Welche Chancen und welche Probleme birgt die unionsrechtlich angestoßene Liberalisierung der Ausbildung, der Honorarregeln und des Sondergesellschaftsrechts und inwieweit können die freien Berufe voneinander lernen?

V. Vorläufige Gliederung

- I) Einleitung
 - A) Problemaufriss und Untersuchungsgegenstand
 - B) Fragestellungen, Methoden und Gang der Untersuchung
- II) Freie Berufe im österreichischen Recht
 - A) Eigenheiten
 - 1) Gemeinwohlbezug
 - 2) Komplexität der Leistung
 - 3) Informationsasymmetrie
 - 4) Sensibilität der Leistung
 - B) Zielsetzungen
 - 1) Qualitativ hochwertige Leistungen
 - 2) Landesweite Versorgung mit erschwinglichen Leistungen
 - 3) Vertrauen der Leistungsempfänger
 - C) Instrumente
 - 1) Qualifizierte Ausbildung
 - 2) Bedarfsprüfung
 - 3) Berufspflichten
 - a) Persönliche Berufsausübung
 - b) Verschwiegenheits- und Treuepflichten
 - c) Werbebeschränkungen
 - 4) Honorarregeln
 - 5) Disziplinarrecht
 - 6) Sondergesellschaftsrecht
- III) Liberalisierungsbestrebungen der EU im Bereich der freien Berufe
 - A) Zielsetzungen
 - 1) Marktzugang ermöglichen
 - 2) Marktzugang erleichtern
 - 3) Wettbewerbsbeschränkungen verhindern
 - B) Instrumente
 - 1) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot
 - 2) Harmonisierung des Berufszugangs und der –ausübung
 - 3) Regelmäßige Evaluierung und gegenseitige Überprüfung der Berufsreglementierung
 - 4) Kartellverbot
 - C) Probleme und Chancen der Liberalisierung anhand ausgewählter Beispiele
 - 1) Ausbildung
 - a) Unionsrechtliche Vorgaben
 - b) Nationale Umsetzung
 - c) Probleme und Chancen der Liberalisierung
 - 2) Honorarregeln
 - a) Unionsrechtliche Vorgaben
 - b) Nationalen Umsetzung
 - c) Probleme und Chancen der Liberalisierung

- 3) Sondergesellschaftsrecht
 - a) Unionsrechtliche Vorgaben
 - b) Nationale Umsetzung
 - c) Probleme und Chancen der Liberalisierung

IV) Zusammenfassung

VI. Zeitplan

Stand September 2020	Themenauswahl, Literatur- und Judikurrecherche, Erstellung des Exposés Absolvierung der Lehrveranstaltungen gemäß Curriculum
Oktober 2020 bis September 2021	Erstellung der Rohfassung der Dissertation, regelmäßige Gespräche mit der Betreuerin über den Arbeitsfortschritt
September 2021 bis Dezember 2021	Überarbeitung der Rohfassung
Dezember 2021	Abschluss der Arbeit und Defensio

VII. Literaturauswahl

- Asemissen*, Berufsankennung und Dienstleistungen im freien Binnenmarkt (2014)
- Benn-Ibler*, Freie Berufe in Österreich und ihre gesellschaftliche Verantwortung, AnWB 2011, 63
- Berka*, Die Honorarrichtlinien der freien Berufe im Lichte der Erwerbsfreiheit, WB 1992, 309
- Buchinger*, Freie Berufe im Wandel, in FS Woschnak (2010) 97
- Burgi*, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, Veröffentlichung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (VVDSRL) 62 (2003) 407
- Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht der EU (2011)
- Crayencour*, Die europäische Gemeinschaft und die Freizügigkeit der freien Berufe (1983)
- Dujmovits*, Recht der freien Berufe, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I (2007), 397
- Eberhard*, Nichtterritoriale Selbstverwaltung (2014)
- Entleitner*, Freiberufler im Spannungsfeld zwischen Verschwiegenheits- und Mitteilungspflicht (2016)
- Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss*, Die Lage der freien Berufe in Europa (2014)
- Felderer/Fink*, Rechts- und wirtschaftsberatende Freie Berufe, WiPolBl 1999, 310
- Hempel*, Die rechtsberatenden Berufe im Europarecht (1996)
- Henssler/Schäfer*, Ziele, Einführung und Umsetzung des neuen Peer-Review-Verfahrens nach Art 59 der Berufsankennungsrichtlinie, EuZW 2014, 928
- Kämmerer*, Die Zukunft der freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung, in Ständige Deputation des DJT (Hrsg), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages (2010)
- Kalss/Natlacen*, Branchen- und rechtsformspezifische Beschränkungen, in Bergmann/Kalss (Hrsg), Rechtsformenwahl (2020) 107
- Kleine-Cosack*, Sonderstatus der Freiberufler auf dem Prüfstand, dAnWB 2010, 537
- Kluth*, Die Zukunft der freien Berufe in der globalisierten Dienstleistungsgesellschaft, JB Kammerrecht 2006, 266
- Kottmann*, Unionsrechtskonformität von Honorarordnungen der freien Berufe, NJW 2019, 3025
- König*, Standesrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen im gemeinsamen Markt (1997)
- Korte*, Die Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf freie Berufe, JB Kammerrecht 2007, 303
- Krejci*, Erwerbsgesellschaftengesetz (1991)
- Krejci*, Honorarwettbewerb statt Honorarordnung, ÖZW 2007, 94
- Krejci*, Für und wider Interdisziplinäre Gesellschaften für freie Berufe de lege ferenda, AnWB 2015, 667
- Leidwein*, Honorarordnungen der freien Berufe EU-rechtswidrig, eolex 1999, 429
- Loebenstein*, Freie Berufe im Rechtsstaat, JB 1984, 457

Michel, Was die EU unter „better regulation“ versteht – und wie die freien Berufe davon profitieren können, dAnwBl 2017, 128

Michel, Gesetzliche Mindestpreise als Verletzung des europarechtlichen Kartellverbots, GPR 2018, 294

Moreira/Toshkov, The (De-)Regulation of the Liberal Professions in the European Union, in Rego (Hrsg) The Trend towards the European Deregulation of Professions and Its Impact on Portugal under Crisis (2013) 18

Nauta, Das Recht der freien Berufe (1998)

Neidhardt, Nationale Rechtsinstitute als Bausteine des europäischen Verwaltungsrechts (2008)

Nuckelt, Rechtsanwaltsgebührenordnungen auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, JB Kammerrecht 2006, 283

Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht (2017)

Pöschl, System der Gewerbeordnung (2016)

Reiner, Die Rechtsanwaltsgesellschaft (2014)

Rossmann, Die Entwicklung der Kammern in Österreich seit 1848, NZ 1972, 209

Rüffler/Müller Interdisziplinäre Rechtsanwaltsgesellschaften (2016)

Schäfer, Berufsrecht 2020 – Mit der Verhältnismäßigkeitslinie auf dem Weg zu einem modernen Regulierungsrecht? EuZW 2018, 789

Scholz, Marktzugang im ambulanten Gesundheitswesen (2014)

Schneider, Die Anerkennung von Diplomen in der Europäischen Gemeinschaft (1995)

Schröder, Mehr Wettbewerb in den freien Berufen, EuZW 2016, 5

Seyfahrt, Die Auswirkung neuester europäischer Einflüsse auf die Berufszugangsregulierung, EuZW 2019, 1005

Steindl, Die Kammern, in Elhenicky (Hrsg) Körperschaften des öffentlichen Rechts (2015) 154

Stelkens/Seyfarth, Unionsrechtlicher Schutz der Berufsfreiheit vor dem nationalen Gesetzgeber (2019)

Stelzer, Die Systematisierung von Notarstellen aus verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Perspektive (2001)

Stillfried, Berufliche Selbstverwaltung und autonomes Satzungsrecht (1994)

Stumpf, Aktuelle Entwicklungen im europäischen Dienstleistungs- und Niederlassungsrecht, DZWIR 2006, 99

Stumpf, Freie Berufe und Handwerk, in Dausers (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (39. EL 2016)

Thiele, Honorarordnungen der Rechtsanwälte EU-rechtswidrig? ecolex 2000, 394

Wendt, EU Competition Law and Liberal Professions: an Uneasy Relationship? (2013)

Woschnak, Binnenmarkt und Notariat (2015)

Woschnak, Aspekte der Selbstverwaltung des Notariats (2018)

Zaglmayr, Die Anerkennung von Gesundheitsberufen (2016)

Zirm, Der selbständige Apotheker und seine Konzession (2018)